
GUARDA COMPARTILHADA**ANA LUISA BUENO DOMINGUES****Aluna formada pelo UNIPINHAL.****INTRODUÇÃO.**

O tema apresentado é de suma importância ao Direito de Família, pois mostra a inserção no ordenamento jurídico de um novo modelo de responsabilidade parental: a guarda compartilhada.

As mudanças sociais e econômicas ocorridas nas últimas décadas, a revolução sexual, a inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, desencadearam importantes mudanças no sistema familiar, e no próprio entendimento que confere primazia à mãe na atribuição da guarda. Atualmente tanto o pai como a mãe podem trabalhar fora, cuidar da casa, cuidar dos filhos. Não é e nem deve ser algo exclusivo da mãe a guarda dos filhos. Assim a guarda compartilhada vem ganhando forças, pois surge como um modelo que privilegia a manutenção dos laços afetivos entre os pais e os filhos, buscando uma co-responsabilidade parental, uma parceria que aproxima e não distancia os pais de seus filhos após a separação.

Este novo modelo de responsabilidade parental, traz receio e dúvidas nos pais, advogados e até mesmos em juristas, com isso é relevante saber os requisitos que cercam esta modalidade de guarda, bem como, quais benefícios e possíveis prejuízos poderá trazer a criança. A análise de cada uma dessas circunstâncias permitirá determinar a possibilidade jurídica desse novo modelo de guarda.

Também se faz imperioso abordar sobre a Mediação, na medida em que é um procedimento atual à guarda compartilhada, que proporciona um melhor enfoque para casais que estão se separando ou divorciando.

O importante é manter o preceito constitucional da igualdade entre o pai e a mãe, e priorizar a manutenção do vínculo afetivo e a convivência dos pais com os filhos, buscando sempre o melhor interesse da criança.

GUARDA**1.1 Conceito de Guarda**

Guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos, dos encargos de cuidado, amparo, proteção, zelo e custódia do filho. Quando atribuída a um dos pais é unilateral ou exclusiva; quando é atribuída a ambos é compartilhada.

Silvana Maria Carbonera¹, define guarda como:

“um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”.

Para Maria Helena Diniz²:

“é o instituto que visa prestar assistência material, moral e educacional ao menor, regularizando posse de fato”.

Surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, sendo assim o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, destinando-se a assistência material, à educação e o desenvolvimento saudável do menor, compreendendo também o dever de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente o detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a freqüência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres.

Porém para definir a guarda é preciso ligá-la aos elementos que a asseguram, está ligada ao poder familiar, pelos artigos 1.634, II, do Código Civil e 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a idéia de posse, como diz o artigo 33, Parágrafo 1º, dessa Lei Especial. Importante se faz esclarecer que guarda e poder familiar (antigo pátrio-poder) são institutos distintos. A guarda é atributo do poder familiar, mas não se exaure nele nem com ele se confunde. Assim a guarda pode existir sem o poder familiar, assim como esse poder pode ser exercido sem a guarda.

A legislação atribui ao poder familiar um complexo de direitos e deveres dos pais e filhos, destinado à proteção destes em suas relações tanto pessoais como patrimoniais. Segundo Maria Helena Diniz³ :

“o poder familiar pode ser definido com um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho”.

¹ Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*; p.47.

² Maria Helena DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*; p.501.

³ Maria Helena DINIZ, op. cit. p.447.

Enquanto o poder familiar permanece com o pai e com a mãe, a guarda poderá ser exercida por apenas um deles ou ainda por terceiros.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, e com o Código Civil, a guarda preferencialmente é atribuída a um dos pais, ou aos pais, ou ainda aos parentes mais próximos da criança, porém esta não é regra, a regra é a prevalência do melhor interesse do menor, e é visando isto que deve-se determinar a quem, e qual modalidade de guarda será escolhida.

1.1. O interesse da criança

É visando o melhor interesse da criança, que diversos juízes e tribunais alegam usar para determinar a guarda do menor. Vejamos decisão do Superior Tribunal de Justiça⁴ :

“CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA JUDICIAL. PREVALECE O INTERESSE DA MENOR. Nas decisões sobre guarda de menores, deve ser preservado o interesse da criança, e sua manutenção em ambiente capaz de assegurar seu bem-estar físico e moral, sob a guarda dos pais ou de terceiros”.

No mesmo sentido, temos decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵ :

“MODIFICAÇÃO DE GUARDA - ESTUDO SOCIAL QUE ATESTA TER A GENITORA CONDIÇÕES DE EXERCER A GUARDA DO MENOR - Fatos narrados na inicial e que poderiam ensejar a modificação da guarda não demonstrados pelas provas dos autos Possibilidade de manutenção da guarda com a mãe - Melhor interesse do menor - Decisão Mantida – Recurso Improvido.”

Seja qual for a modalidade de guarda adotada, o que deve prevalecer é o melhor interesse da criança. Mas como definir este interesse?

Apesar de constantemente utilizada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, fica imprecisa a noção de interesse do menor.

Sobre o interesse do menor assim descreve Eduardo de Oliveira Leite⁶ :

⁴ STJ, REsp 686.709/PI, 3ª T, rel. Humberto Gomes de Barros, DJU 12.03.2007.

⁵ TJSP, Ap. 620.147.4/6-00, 3ª T, rel. Egidio Giacoia, DJU 09.06.2009.

⁶ Eduardo Oliveira LEITE, *Famílias Monoparentais*; p. 197.

“a jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança a um dos seus pais, a estabilidade da criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser o “interesse do menor”.

Assim a determinação do que é o melhor interesse do menor não possui moldura legal, não é um conceito claro e limitado, e nem deveria ser. É o juiz que, examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos e subjetivos qual é, o interesse de determinado menor em determinada situação.

1.3 Modificabilidade da Guarda

A guarda pode ser modificada quando ficar comprovado que o guardião ou pessoa de sua convivência familiar não tratam convenientemente a criança ou o adolescente, uma vez que, a fixação da guarda não faz coisa julgada material, podendo ser alterada a qualquer momento diante de novas situações fáticas que podem ocorrer após o julgamento.

Nesse sentido o artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Adota este entendimento também, Waldir Grisard Filho⁷, afirmando que:

“a definitividade da guarda é relativa, pois pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, pois sua concessão não faz coisa julgada. Nessas questões, a coisa julgada está subordinada à cláusula rebus sic stantibus; vale dizer, a sentença é imutável enquanto a situação fática se mantiver a mesma, não incidindo a regra do artigo 471 do Código de Processo Civil. Ao contrário, tratando-se de relação jurídica continuativa e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, pode o juiz rever a decisão anterior.”

Assim os interesses implicados devem ser contemplados de acordo com as circunstâncias supervenientes, e sempre que ocorrer a impossibilidade de se manter um regime com base no melhor interesse da criança, a guarda deve ser modificada.

⁷.Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda Compartilhada; Um novo modelo de responsabilidade parental*; p. 65.

MODALIDADES DE GUARDA

2.1. Guarda Unilateral ou Exclusiva

A guarda unilateral ou exclusiva é atribuída a um dos pais, ou a terceiro quando o juiz se convencer que nenhum dos pais preenche as condições necessárias para tal.

No direito brasileiro a primeira regra sobre a guarda dos filhos quando da separação dos pais, surgiu com o Decreto 181, de 1890, artigo 90, que determinava:

“A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para a sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.

Assim a guarda exclusiva era consequência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa na separação, sendo a guarda atribuída a quem era inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la.

Com o advento do princípio do melhor interesse da criança, tutelado na Constituição Federal, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidado no direito brasileiro no início da década de 90 do século XX, foi determinado que o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, visando o melhor interesse do menor, não importando se este é culpado ou não pela separação.

A Lei nº. 11.698, de 2008, indica os seguintes fatores de melhor aptidão para a atribuição da guarda unilateral a um dos pais: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. Estes fatores não devem ser taxativos, e sim exemplificativos, para que o juiz decida com base no caso concreto.

Porém de acordo com a legislação, não havendo acordo entre os pais, esta modalidade de guarda só será adotada se não for possível a guarda compartilhada, tornando-se assim a exceção e guarda compartilhada a regra.

2.1.1. Ausência Paterna

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁸, (IBGE) na grande maioria dos casos a guarda dos filhos menores é atribuída a mãe (91,4%), tanto nas separações como nos divórcios (89,7%), seguida pelos pais (5,1%) nas separações e

⁸ Disponível em http://www.ibge.gov.br/english/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=283. Acesso em 20/04/2009.

(6,1%) nos divórcios, e em apenas 3,5% das separações e 4,2% dos divórcios, ambos os pais são responsáveis pela guarda dos filhos menores.

Assim a guarda unilateral, privilegia na maioria dos casos a mãe, levando a profundos prejuízos os filhos, tanto de ordem emocional quanto social, atingindo também o próprio pai, cuja falta de contato mais íntimo leva fatalmente a um enfraquecimento dos laços parentais, privando-o do desejo de perpetuação de seus valores e cultura.

Em relação as conseqüências pelo qual passa os filhos devido a ausência paterna assim conceitua Rodrigo da Cunha Pereira⁹ :

“(...) assim, podemos falar hoje de uma crise de paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais.

Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/ dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga, ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isto; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá os eu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material ou psíquico, tem gerado graves conseqüências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais (...) O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.”

A Associação de Pais e Mães Separados (APASE), em Florianópolis/SC, e a Associação Pais Para Sempre, em Belo Horizonte/MG, antes da promulgação da Lei 11.698/2008, já mantinham incentivos e constantes lutas para a aprovação de projetos de lei sobre guarda compartilhada, visando sempre a igualdade de direito entre homens e mulheres nas relações filiais, promovendo a participação afetiva de ambos os pais no desenvolvimento dos filhos.

Fato interessante é que, A Associação Pais Para Sempre, foi fundada por um pai, o jornalista Rodrigo Dias, morador de Belo Horizonte. O Jornalista que se separou em 2000, conta que foi praticamente proibido pela ex-esposa de ver seu filho, José Lucas, pois ele não tinha a guarda e o juiz estabeleceu visitas de 15 em 15 dias. Por ele não concordar com

⁹ Rodrigo Cunha PEREIRA, apud, Ana Maria Milano SILVA, *A Lei sobre Guarda Compartilhada*, p. 143-144.

esta situação, as assistentes sociais do Fórum Lafayette diziam que se ele não estivesse satisfeito com a lei, deveria mudar a legislação. E foi o que fez.

Dias fundou a organização não governamental Pais Para Sempre. Apoiado por esse grupo, esboçou o projeto de lei da guarda compartilhada, que foi apresentado em 2001 na Câmara dos Deputados pelo então deputado federal Tilden Santiago. A lei levou sete anos para ser aprovada e foi batizada de Lei José Lucas¹⁰.

A figura paterna é tão importante como a materna na criação e educação dos filhos, a intenção não é ser contra a mãe, mas a favor também do pai, que tem o direito e dever de conviver com seus filhos.

2.1.2. Síndrome da Alienação Parental

A síndrome da alienação parental, conhecida também como “implantação de falsas memórias”, é o conjunto de sintomas advindos do afastamento entre um genitor e filhos, gerado pelo comportamento doentio e programado do outro genitor, geralmente aquele que detém a guarda do filho.

Segundo o médico e Professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia Richard Gardner¹¹, a alienação parental é um processo em que o genitor guardião programa o filho para que odeie o genitor não-guardião sem qualquer justificativa.

São intensas as manipulações emocionais pelo qual a criança passa, chegando em alguns casos, a ser induzida a relatar eventos de supostas agressões físicas/ sexuais. Na maioria das vezes, tais relatos não tem veracidade, dadas certas contradições, inconsistências, ou mesmo comprovação realizada em exames de corpo e delito, mas se tornam grandes argumentos para requerer as autoridades judiciais a interrupção das visitas e/ou a destituição do poder familiar do “suposto” agressor.

Muitas vezes a criança não consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida, criando assim falsas memórias.

O Projeto de Lei 4053/08 que dispõe sobre a Alienação Parental teve recentemente, em 15 de julho de 2009, o seu substitutivo aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família. Passando pela Comissão de Constituição e Justiça, e sendo também confirmado no Senado, aguarda agora a sanção Presidencial.

O Projeto estabelece diversas punições para esse comportamento, que vão de advertência até a perda da guarda da criança e do poder familiar.

¹⁰ Disponível em www.paisparasemprebrasil.org; Acesso em 15/06/2009.

¹¹ Richard GARDNER, *Alienação Parental*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13252>. Acesso em 05/07/2009

A prática de algum desses atos, segundo a proposta, fere o direito fundamental da criança ao convívio familiar saudável, constitui abuso moral contra a criança e representa o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.

2.2. Guarda Alternada

A guarda alternada, não mais presente no ordenamento jurídico Brasileiro, determina que a criança fique um período com cada genitor, geralmente uma semana com o pai e outra semana com a mãe. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de continuidade, que deve ser respeitado para que ocorra o bem-estar físico e mental da criança.

Segundo Armando Leandro¹², a guarda alternada não está em harmonia com interesse do menor, “Pode ela afetar gravemente o equilíbrio do menor, sobretudo se é de pouca idade”. Entende este autor que uma das necessidades básicas da criança é a de continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento, causando, por vezes, retrocessos psicológicos espetaculares.

2.3. Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada também identificada por guarda conjunta (*joint custody*, no direito anglo-saxão), é uma modalidade de guarda que estabelece que ambos os pais terão uma co-responsabilização igualitária e conjunta nas decisões importantes na vida dos filhos. Nela, não há a figura de um guardião único, mas sim o compartilhamento das tarefas referentes à manutenção e cuidados com os filhos menores.

O artigo 1.579 do Código Civil determina em conformidade com o que estabelece a guarda compartilhada que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”. No mesmo sentido Clovis Beviláquia¹³, assevera que:

“o desquite dissolve a sociedade conjugal, porém, não a parental, entre pais e filhos, cujos laços de afeto, direitos e deveres recíprocos subsistem.”

O Supremo Tribunal Federal¹⁴, se manifestou, ainda que sem referência expressa, a guarda compartilhada em decisão datada de 1967, conforme o seguinte julgado:

¹² Armando LEANDRO, apud Waldyr GRISARD FILHO, op. cit. p. 126

¹³. Clovis BEVILÁQUIA, apud Waldyr GRISARD FILHO, op. cit. p. 105-106.

“O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe”.(Recurso Especial 60.265 – RJ).

Em 2006, o Enunciado nº 335 da IV Jornada de Direito Civil, estabeleceu que a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação da equipe multidisciplinar.

Assim a guarda compartilhada já era mencionada antes mesmo do advento da Lei 11.698/2008, por surgir como uma modalidade onde o pai e a mãe dever ter os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos, visando uma convivência entre estes, observando o melhor interesse do menor.

2.3.1. A fixação da residência do menor

Alguns autores, como Segismundo Gontijo¹⁵, criticam a guarda compartilhada por entender que a criança passa a ter duas residências, perdendo assim um referencial, neste sentido é o entendimento do citado autor:

"Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em iô-iôs, ora com a mãe apenas durante uma semana, ora com o pai noutra; ou, com aquela nalguns dias da semana e com este nos demais. Em todos os processos ressaltam os graves prejuízos dos menores perdendo o referencial de lar, sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno, a desorganização da sua vida escolar por falta de sistematização do acompanhamento dos trabalhos e do desenvolvimento pedagógico, etc."

¹⁴ A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12592>. Acesso em 15/07/2009.

¹⁵ Segismundo GONTIJO, apud Waldyr GRISARD FILHO, op. cit. p. 225-226.

Diferente do que sintetiza o texto acima, na guarda compartilhada poderá ser determinado uma residência para o menor, para que este tenha segurança, estabilidade e um ponto de referência.

Neste sentido assim menciona Waldir Grisard Filho¹⁶ :

“Embora a lei tenha silenciado a respeito, a guarda compartilhada assegura aos filhos uma residência habitual, como ponto de referência, a ser eleita pelos pais ou proposta pelo juiz depois de avaliar as condições especiais de cada caso, preservando de toda maneira o que melhor consultar os interesses dos filhos. É importante relembrar que a guarda compartilhada não se configura em uma divisão equitativa de tempo, mas na co-participação parental. Uma residência principal facilitará a manutenção de uma rotina de vida favorável ao desenvolvimento da criança. Mas a referência que não pode ser perdida é a do pai e a da mãe.”

Da mesma forma é o entendimento de Flavio Monteiro de Barros¹⁷:

“a guarda compartilhada é a atribuída a ambos os genitores, fixando-se, porém, a residência do menor em apenas um dos lares, deferindo-se contudo, ao outro o direito de conviver com o filho”.

Assim parte da doutrina, recomenda que o menor tenha uma residência fixa, única e não alternada, de preferência próxima ao seu colégio, aos seus amigos e familiares, aos lugares que gosta de freqüentar, e desenvolve suas atividades habituais, alegando que no momento da separação dos pais, a criança já passa por muitas mudanças, assim é necessário que os pais prezem pela continuidade e conservação do maior número possível de fatores da vida dos filhos, evitando rupturas desnecessárias.

Porém o juiz deve analisar cada caso concreto, evitando fórmulas estereotipadas, pois pode haver casos de guarda compartilhada em que a criança possua duas residências ou domicílios, desde que atenda ao seu melhor interesse.

A Associação Pais e Mães Separados¹⁸ defende que a guarda compartilhada pode ser aplicada mesmo com um dos pais residindo em cidades, estados ou até mesmo em países diferentes. De acordo com a citada Associação, neste caso a convivência com o filho poderá ficar prejudicada, mas ainda assim pode ocorrer a guarda compartilhada devido a

¹⁶ Waldir GRISARD FILHO, op. cit. p. 208

¹⁷ Flavio Monteiro BARROS, *Guarda Compartilhada*, Disponível em: [http://www.cursofmb.com.br/curso/fmbjuridico/artigos/download.php?file= GUARDA%20COMPARTILHADA.pdf](http://www.cursofmb.com.br/curso/fmbjuridico/artigos/download.php?file=GUARDA%20COMPARTILHADA.pdf). Acesso em 21/08/2009

¹⁸ Disponível em www.apase.org.br. Acesso em 12/08/2009.

telecomunicação e a informática que são instrumentos importantes para que ambos os genitores possam participar da criação e educação de seus filhos.

Importante se faz ressaltar a diferença entre residência e domicílio. Domicílio de acordo com o artigo 70 do Código Civil, é o lugar onde a pessoa natural estabelece sua residência (elemento material ou objetivo) com ânimo definitivo (elemento psicológico ou subjetivo). O domicílio do menor é o do seu representante legal, que é determinado como necessário ou legal. Já residência é o lugar que a pessoa habita, se tiver várias residências, onde viva alternadamente, qualquer delas será considerada seu domicílio.

2.3.2. Alimentos

Os alimentos continuam sendo devidos quando é adotada a guarda compartilhada, pois independente do modelo de guarda, o dever de sustento dos filhos menores sempre existirá. Porém os alimentos é um fator que polêmica quando se questiona se são ou não devidos na guarda compartilhada. Diversos pais entendem que sendo adotada a guarda compartilhada não será devido o pagamento da pensão alimentícia, mas na verdade o que ocorrerá é uma colaboração igualitária, uma divisão de encargos pelos pais para o sustento, criação e educação do filho, assim os pais irão custear naturalmente as despesas dos filhos, de forma equilibrada com as necessidades da criança e com os recursos de cada um, conforme determina o artigo 1.703 do Código Civil.

De acordo com decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁹, os alimentos são devidos na guarda compartilhada. Senão Vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS ÀS FILHAS. A guarda compartilhada não impede, por si só, que um dos pais seja condenado a pagar alimentos aos filhos. No caso, os alimentos devidos às duas filhas do casal não se mostram elevados. Por outro lado, também há dúvida de que a guarda compartilhada esteja realmente sendo exercida. Caso em que deve ser mantida a sentença que fixou o pensionamento em 30% dos rendimentos do genitor. NEGARAM PROVIMENTO”.

Da mesma forma assevera Flavio Monteiro de Barros²⁰ ao dissertar que:

¹⁹ TJRS, Ap. nº 70030456891, 8ª câmara cível, rel. Rui Portanova, DJU 16/07/2009.

²⁰ Flavio Monteiro BARROS, op. cit. Disponível em: <http://www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico/artigos/download.php?file=GUARDA%20COMPARTILHADA.pdf>. Acesso em 21/08/2009

“os alimentos são devidos também na guarda compartilhada, pois a ampliação do convívio com o filho menor não elimina o dever de contribuir para o seu sustento”.

Para Eduardo de Oliveira Leite²¹, sendo a guarda compartilhada um meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, esta estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos. A recíproca, nesse caso é verdadeira: Quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente o pagamento de pensão.

2.3.3. Visitas

De acordo com o artigo 1.121 do Código de Processo Civil, será estabelecido na separação judicial, o regime de visitas, compreendendo assim a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, já determinando repartição de férias escolares e dias festivos.

Já o § 3º do artigo 1.584, não se refere a visitas mas estabelece que o juiz, determinará o período de convivência dos pais com seus filhos na guarda compartilhada.

Porém como o intuito da guarda compartilhada é proporcionar ao pai e mãe uma convivência assídua com o filho, para parte da doutrina é errado haver uma determinação ou limitação de visitas. Nesse sentido esclarece Waldyr Grisard Filho²²:

“Na guarda compartilhada, é inadequado falar-se em visitação ou limitação de acesso ao filho pelo genitor com que não conviva.”

Defende a mesma tese o Professor Flavio Monteiro de Barros²³, ao lecionar que:

“na guarda compartilhada não há como falar-se em direito de visitas em prol dos genitores, pois ambos desfrutam da guarda”

Assim, quando fixado o domicílio do menor na residência preferencial de um dos genitores, ao outro é atribuído o dever de continuar cumprindo intensamente o poder familiar, através da participação cotidiana nas questões fundamentais da vida do seu filho, tais como estudo, saúde, esporte e lazer.

²¹ Eduardo Oliveira LEITE, op. cit; p. 283.

²² Waldyr GRISARD FILHO, op. cit; p. 209.

²³ Flavio Monteiro BARROS, op. cit, Disponível em: <http://www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico/artigos/download.php?file=GUARDA%20COMPARTILHADA.pdf>. Acesso em 21/08/2009

Importante se faz ressaltar, que o direito de vista pode ser estendido aos avós e pessoas com quem a criança ou adolescente tem vínculo afetivo, atendendo-se assim seu melhor interesse.

2.3.4. A opinião do menor

A legislação brasileira civil silenciou a respeito do menor ser ou não ouvido nos processos de separação e divórcio, já o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a oitiva do menor em determinadas situações, por entender ser uma modalidade de opinião e expressão.

A opinião do menor é um fator importante, porém a criança não deve ser forçada a tomar uma decisão que a afogará em culpa e sobrecarregará emocionalmente o outro genitor. Adota este entendimento Waldir Grisard Filho²⁴, afirmando que:

“ouvir, sim, mas exigir que os filhos escolham, nunca. Todos concordam nesse ponto – magistrados, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais. Seria muito doloroso perguntar a ela com quem gostaria de morar”.

Favoravelmente a ouvida do menor, se expressa Eduardo de Oliveira Leite²⁵:

“Tudo indica que, dependendo das circunstâncias e da capacidade de discernimento da criança, nada impede sua participação no processo, sempre que a ocasião e as circunstâncias o exigirem”.

Assim o juiz ou promotor, deve oferecer oportunidade à criança de ser ouvida, sempre que entender necessário para seu melhor interesse, sem jamais levá-la a uma escolha difícil e traumática.

GUARDA COMPARTILHADA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/2008

A Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

A normatização legal trazida pela nova lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental.

²⁴ Waldir GRISARD FILHO, op. cit; p. 81.

²⁵ Eduardo Oliveira LEITE, op. cit; p. 206.

Trata-se de um direito dos próprios filhos de ter o pai e a mãe como os responsáveis por sua criação e educação, de ter uma adequada aproximação depois da separação dos pais.

Antes da citada Lei, o Código Civil estabelecia o seguinte:

“artigo 1.583. - No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os conjugues acordarem sobre a guarda dos filhos.”

A Lei 11.698/2008, estabeleceu a seguinte redação:

“artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1.º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (artigo 1584,§ 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 2.º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; I – saúde e segurança; III – educação; §3.º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. §4.º (Vetado)”.

Com o artigo 1.583, a guarda unilateral perdeu a preferência, surgindo ao seu lado a guarda compartilhada, orientada pelos princípios da igualdade e do melhor interesse da criança.

De acordo com o § 1º do artigo 1.583, a guarda unilateral pode ser atribuída aos pais, como também a alguém que os substitua (artigo 1.584 § 5º), assim entende-se igual possibilidade na atribuição da guarda compartilhada.

Neste sentido, assim temos entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁶, assim ementado:

**“MODIFICAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS
– PRETENDIDA GUARDA COMPARTILHADA ENTRE GENITORA
E TIO MATERNO - Tutela antecipada deferida -Insurgência do pai
- Adolescente que externou o desejo de continuar sob os**

²⁶ TJSP, Ag. Instrumento n.º: 515.337.4/2-00, 8ª Câmara Direito Privado, rel. Joaquim Garcia DJU: 18.03.2009

cuidados do tio, especialmente após o falecimento da genitora - Interesse superior a ser respeitado - Restabelecido regime de visitas anteriormente acordado - Necessário oportunizar aos envolvidos o fortalecimento dos vínculos afetivos – RECURSO PROVIDO EM PARTE”.

O artigo 1.584 do Código Civil, alterado pela Lei 11.698/2008, tinha a seguinte redação:

“artigo 1.584 – Decretada a separação judicial ou divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”

A Lei 11.698/2008, deu-lhe a seguinte redação:

“Artigo 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. §1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de

cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o Juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

O artigo 1.584 extingue a preferência pela guarda unilateral, impondo uma dualidade de sistema de guarda, unilateral ou compartilhada.

Em conformidade com o artigo 1.584 inciso I, a guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de separação, divórcio, dissolução de união estável, ou ainda, em medida cautelar preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender as necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui.

O § 1º do artigo 1.584, impõe ao juiz o dever de informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada, sobre as prerrogativas de ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos.

O § 4º prevê sanção civil, para a hipótese de descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, esta sanção deve ser interpretada em conformidade com o princípio do melhor interesse do menor, e não para prejudicá-lo, assim um exemplo à violação da cláusula de guarda, é quando um genitor, sem justificativa e de modo arbitrário, prejudica o direito de convivência do outro genitor com o filho.

Antes na nova Lei, quando não houvesse acordo entre as partes, a guarda seria unilateral, instituída em favor de um dos pais, sendo a guarda compartilhada apenas concebida por acordo entre os pais, ocorrendo agora o contrário.

Verifica-se que este é o ponto fulcral das críticas dirigidas à Lei nº 11.698/08 que concentra-se no teor do atual artigo 1.584, § 2º, do Código Civil, segundo o qual :

“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Parte da doutrina entende que esse dispositivo ao estabelecer a guarda compartilhada como regra preferencial, quase obrigatória na hipótese de não haver acordo entre os pais, é algo irreal, pois estes defendem que o litígio vivenciado pelos pais impossibilitaria por completo o sucesso da guarda compartilhada. Diferentemente do que determina a Lei entendem ser esta cabível apenas na hipótese de acordo entre os pais.

Para José Carlos Teixeira Giorgis²⁷, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul:

“É necessário esclarecer que a guarda compartilhada não será remédio milagroso para a cura dos distúrbios familiares; nem divisão de tempo ou de semana, para folgança dos pais; não é a intromissão lá e cá, principalmente quando se cuidam de entidades reconstituídas; não tem lugar quando há mágoas, litígio ou difícil relacionamento na parceria.”

A jurisprudência em diversos casos afasta a aplicação da guarda compartilhada quando a relação entre os genitores é marcada pela desarmonia e litígio. Vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁸:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. MODIFICAÇÃO PARA GUARDA COMAPRTILHADA - Para haver modificação para a guarda compartilhada é necessário como pressuposto a boa relação entre os genitores, não é o caso do processo em tela. Ademais, deve ser mantida a autonomia de quem possui a guarda para tomar as decisões cabíveis ao interesse da adolescente. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.”

Ocorre que, em direção contrária ao posicionamento acima referido, a mudança da regra da guarda unilateral para a guarda compartilhada é altamente positiva, sendo o problema do litígio entre os pais do menor, algo contornável através da prática da mediação interdisciplinar, a qual se encontra prevista no artigo 1.584 § 3º da Lei 11.698/2008.

²⁷ José Carlos Teixeira GIORGIS, apud, Waldir GRISARD FILHO., op. cit; p. 204.

²⁸ TJRS, Ag. Inst. nº 70030405765, 8ª câmara cível, Rel. Alzir Felipe Schmitz, DJU 30/07/2009.

A Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias²⁹, entende que a guarda compartilhada deve sim ser definida caso não haja acordo entre os pais, quando expressa que:

“Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público.”

O que a Legislação busca é realmente a possibilidade da guarda quando não há o acordo entre os pais, pois não é aceitável que simplesmente porque o pai ou a mãe, não se entendem, ou briguem por diversos motivos, a guarda compartilhada seja afastada, o que deve ser visado é o interesse do menor e não a vontade dos pais.

Neste sentido assevera Maria Berenice Dias³⁰:

“Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói impiedosamente a possibilidade de diálogo, diante disso nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.”

3.2. A Guarda Compartilhada sob o aspecto Constitucional

Ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança, comprometeu-se o Brasil a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, reconhecendo que ambos os pais tem direitos e deveres comuns com relação aos seus filhos.

A Constituição Federal prevê a absoluta igualdade entre o homem e a mulher no seu artigo 5º, I, ao determinar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Em concordância com este princípio o artigo 226, § 5º, dispõe da igualdade de direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal a serem exercidos por ambos os cônjuges. Não obstante o artigo 226, § 7º, reclama por uma paternidade responsável de acordo com o princípio da dignidade humana.

Ademais, a possibilidade jurídica do guarda compartilhada, está, ainda que de forma indireta, ancorada, no artigo 229 da Constituição Federal, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independente de conviverem ou não com eles no mesmo lar.

²⁹ Maria Berenice DIAS, *Guarda Compartilhada, uma novidade bem-vinda!* Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em 03/08/2009.

³⁰ Idem. Ibidem. Acesso em 03/08/2009.

DIREITO ESTRANGEIRO

4.1. A guarda compartilhada na Inglaterra

No direito inglês a guarda era atribuída ao pai, que era considerado proprietário de seus filhos, sendo este princípio alterado no século XIX, passando a mãe a prerrogativa de obter a guarda.

Os Tribunais ingleses por entenderem estar prejudicando o pai, determinaram uma divisão do exercício de guarda entre ambos os genitores, pois entenderam que tal divisão seria também a melhor forma de atender os interesses da criança. Esta divisão encarregou a mãe dos cuidados diários dos filhos (care and control) e recuperou ao pai o poder de dirigir a vida do menor (custody), ocorrendo assim um exercício comum e cooperativo da autoridade parental.

Segundo o professor Eduardo de Oliveira Leite³¹:

“A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a Court d`Appel da Inglaterra, na decisão Jussa x Jussa, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração parental na mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa.”

Assim as decisões inglesas privilegiaram o melhor interesse da criança e a igualdade parental, expandindo-se a guarda compartilhada em outros países.

4.2. A guarda compartilhada na França

Foi na França que surgiu a primeira lei, sobre guarda compartilhada, denominada “Lei Malhuret”, editada em 22 de julho de 1987, sob número 87.570/87, assimilada com a jurisprudência firmada favoravelmente à guarda compartilhada que ocorreu em 1976.

A Lei Malhuret, em seus artigos 371 e 372, determina que a autoridade parental deve ser exercida pelo pai e à mãe, divorciado ou não, cabendo a ambos o direito e dever de cuidado e educação de seus filhos.

Estando unido judicialmente o casal, a guarda cabe ao pai e a mãe, ocorrendo a separação a guarda tanto pode ser exclusiva a um dos pais, ou compartilhada a ambos.

³¹ Eduardo Oliveira LEITE. op. cit; p. 266

4.3. A guarda compartilhada nos Estados Unidos

Estados americanos, como Arizona, Colorado, Califórnia, Georgia, Ohio Virginia, Louisiana, entre outros, já adotam a guarda compartilhada. No total são 45 Estados que autorizam a guarda compartilhada, 12 em que é presumida e 8 no qual a presunção se dá por acordo de ambos os pais.

O Estado do Colorado confere a guarda compartilhada em 90 a 95% dos casos e, na Califórnia em aproximadamente 80% dos casos.

A American Bar Association – ABA (órgão similar à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), possui um comitê especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores (Child Custody Committee), onde há uma ampla divulgação aos pais das características desse tipo de guarda.

Assim nos Estados Unidos a guarda compartilhada é amplamente discutida e pesquisada, sendo um dos tipos de guarda que mais cresce. Os pais sob vários aspectos, que favorecem o próprio filho, como: auto-estima, atividade, relacionamento, adaptação, desenvolvimento emocional e psicológico, são na maioria dos casos favoráveis.

4.4. A guarda compartilhada no Canadá

No Canadá a guarda compartilhada só é estipulada se houver acordo entre os pais, pois os tribunais canadenses acreditam que não se pode compelir um pai a cooperar em uma guarda compartilhada quando ele não a deseja, sob o risco de não se atingir o objetivo.

Apesar disso a seção 16 da lei de divórcio canadense diz que o tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses.

A GUARDA COMPARTILHADA E A NECESSIDADE DA MEDIAÇÃO

A mediação pode ser definida como uma solução de conflitos extrajudicial, em que um terceiro, o mediador, profissional devidamente preparado, busca mediante diálogos entre as partes, soluções positivas e eficazes.

Parte da doutrina, alega não ser possível a Guarda Compartilhada quando há conflito entre os pais, decorrentes de brigas e falta de diálogo. Ocorre que estes fatores, podem ser contornados através da Mediação Interdisciplinar.

Assim havendo litígios entre os pais, a mediação deve ser vista como uma etapa prévia necessária, obrigatória para a aplicação da guarda compartilhada, que deve despertar o diálogo, o respeito, a humanização, a solidariedade e a cooperação entre os pais dos menores.

Sobre a importância da mediação interdisciplinar na Guarda Compartilhada assim sintetiza Paulo Lôbo³² :

“Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos. Sem um mínimo de entendimento a guarda compartilhada pode não contemplar o melhor interesse do filho (...). O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda. O mediador nada decide, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, o que contribui para a solidez da transação concluída pelos pais, com sua contribuição. Sob o ponto de vista dos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da convivência familiar, a guarda compartilhada é indiscutivelmente a modalidade que melhor os realiza”.

A equipe multidisciplinar que é composta por psicólogos, terapeutas e assistentes sociais atuam em conjunto, aumentando a chance de êxito da mediação para a aplicação da guarda compartilhada.

CONCLUSÃO

A Lei 11.698/08 que instituiu e disciplinou a Guarda Compartilhada, representa um grande passo para o Direito de Família. O propósito da Guarda Compartilhada é proporcionar de forma igualitária uma convivência dos pais com os filhos após a separação, mostrando que o que ocorreu foi a separação do casal e não dos filhos.

É direito da criança ter ambos os pais em sua vida, de usufruir de duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. É direito da criança conhecer seus pais, formar sua própria opinião sobre eles, evitando assim que seja vítima da síndrome da alienação parental, que acarreta sérios prejuízos ao filho e ao genitor alienado.

Apesar da Lei, a Guarda Compartilhada ainda é vista com maus olhos por grande parte da Sociedade, a um certo receio em adotar esta modalidade, ocorre uma confusão quanto ao seu propósito.

Para alguns juízes e advogados, e em diversas decisões jurisprudenciais como exposto no presente trabalho, havendo litígio e falta de diálogo entre os pais, não há possibilidade de ser determinada a guarda compartilhada, assim apontam o § 4º do artigo 1584 da Lei

33. Paulo LOBO, *Direito Civil: famílias*. P.177

11.698, como uma falha, como algo abstrato e irreal ao determinar que na falta de acordo entre os pais será, sempre que possível, adotada a Guarda Compartilhada.

Porém é realmente neste ponto, que a Lei, merece destaque, pois traz a possibilidade de uma decisão, mesmo quando há conflito entre os pais, capaz de proporcionar uma convivência com o filho, visando assim o interesse do filho e não a vontade dos pais.

Através da mediação familiar, com uma equipe interdisciplinar envolvendo psicólogos, terapeutas e assistentes sociais, é possível contornar as situações de litígio, ou ao menos tentar, através de diálogo e orientação feita por toda equipe aos pais, para que estes se convençam de que este modelo beneficia o próprio filho. Qual a razão para um pai, ou uma mãe, não aceitarem o melhor para o próprio filho? Não há resposta.

De fato a guarda compartilhada não é adequada para algumas famílias, como aquelas em que mesmo após a ajuda da equipe multidisciplinar, os pais continuam em conflito crônico, porém a existência de litígio entre os pais não é razão para que a guarda compartilhada seja afastada, como geralmente ocorre.

Os operadores do Direito não devem se questionar se esta guarda realmente funciona, e sim no que fazer para que ela funcione, preocupando-se assim com a efetivação na prática da guarda compartilhada, e com o aprimoramento da mediação interdisciplinar.

Por tudo que foi considerado, observa-se que a guarda compartilhada bem aplicada é realmente a modalidade que melhor atende os interesses da criança e que melhor proporciona a igualdade entre o pai e mãe clamada na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada. São Paulo: Edit. Atlas, 2008, 149p.

BARROS, Flavio Monteiro. Guarda Compartilhada. Disponível em: <http://www.cursofmb.com.br/cursofmbjuridico/artigos/download.php?file=GUARDA%20COMPARTILHADA.pdf>. Acesso em 21/08/2009.

CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, 216p.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada, uma novidade bem –vinda! Disponível em <<http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em 03/08/2009.

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. Curso de Direito Civil Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Edit. Saraiva, 2002, 572p.

GARDNER, Richard. Alienação Parental. Disponível em <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13252>. Acesso em 05/07/2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada; Um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2009, 288p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.

http://www.ibge.gov.br/english/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=283. Acesso em 20/04/2009.

LEITE, Eduardo Oliveira. Famílias Monoparentais. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1997, 351p.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Edit. Saraiva, 2007, 407p.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada - Uma solução possível. Revista Literária de Direito nº 9, jan-fev.1996, p.19

PAIS PARA SEMPRE. www.paisparasemprebrasil.org. Acesso em 15/06/2009.

RODRIGUES, Décio José. Guarda Compartilhada. São Paulo: Edit. Imperium, 2009, 129p.

SILVA, Ana Maria Milano. A Lei sobre Guarda Compartilhada. 2. ed. São Paulo: Edit. JH Mizuno, 2008, 272p.

ANEXO I

ENTREVISTAS

• Assistente Social

Em entrevista realizada com a Assistente Social de Espírito Santo do Pinhal, Celia Maria Evangelista, no dia 30/07/2009, foram formuladas as seguintes perguntas em relação a Guarda Compartilhada:

Pergunta 1 – O que a Senhora entende por Guarda Compartilhada?

Resposta: A guarda compartilhada é uma modalidade que exige que ambos os pais se façam presentes na vida dos filhos, sem restringir a relação de convivência e de afeto entre eles, dividindo responsabilidades legais e compartilhando suas obrigações nas decisões relativas aos filhos.

Pergunta 2 – Na prática o que ocorre em relação a esta modalidade de guarda?

Resposta: Em minha prática profissional observo que existem dificuldades para a realização dessa modalidade de guarda devido aos conflitos conjugais que se prorrogam mesmo após o término do casamento. A maioria dos casais que se separaram não mantém nem mesmo diálogo, bem como não estão preparados para exercer a guarda compartilhada. Na questão da guarda de filhos, observamos que os casais não vêm os interesses dos filhos e sim seus próprios interesses, ou seja, os pais usam os próprios filhos como instrumentos para colocar em prática sentimentos de vingança e retaliação ao ex-cônjuge. Observamos também que a solicitação da guarda compartilhada visa exclusivamente a exoneração da pensão alimentícia. Isso inviabiliza o compartilhamento da guarda, pois prejuízos ainda maiores podem ser acarretados à criança e adolescente.

Pergunta 3 – O que deve ser realizado para viabilizar a Guarda Compartilhada?

Resposta: Há necessidade que os pais se conscientizem que a separação é do casal e não dos filhos, os quais precisam de ambos (pai e mãe) para serem adultos equilibrados, o que pode ser realizado através de acompanhamento com psicólogos e assistentes sociais. O maior sofrimento para os filhos não é a separação dos pais, mas o afastamento de um dos genitores.

• Psicóloga

Entrevista realizada com a psicóloga Alessandra de Oliveira Benedetti, no dia 31/07/2009, sobre a guarda compartilhada por um enfoque psicológico, a qual segue abaixo:

Pergunta 1 – O que a criança necessita após a separação dos pais? A guarda unilateral é prejudicial aos filhos?

Resposta: Após a separação, para um desenvolvimento saudável, a criança necessita sentir-se segura, alimentada no nível físico, mental e emocional. A guarda unilateral na maioria dos casos, prejudica sim a criança, pois esta necessita da referência materna, e da referência paterna. Dado as características específicas de cada universo: feminino e

masculino, não é possível um suprir amplamente o papel do outro. Assim a criança sofre quando não tem possibilidade de contato com o pai ou com a mãe, pois não dá para suprir referências que são distintas.

Pergunta 2 – As brigas entre o pai e a mãe impedem a guarda compartilhada?

Resposta: Não. No caso da separação o importante para a criança não é como o homem e a mulher estão se relacionando, o importante é continuar recebendo os cuidados de ambos. O importante é que os pais tenham maturidade para poupar os filhos, não os envolvendo nas discussões, pois é muito penoso quando os filhos ficam de “pombo correio”.

Pergunta 3 – A mediação é um fator importante para a concretização da guarda compartilhada?

Resposta: Sim. Seria ideal que os pais na separação, buscassem orientação especializada, com toda uma equipe interdisciplinar, buscando através de diálogo, diminuir o sofrimento e conflito das partes envolvidas, mostrando que o ideal é optarem pela guarda compartilhada.